عقد الاستصناع

وعلاقته بالعقود الجائزة

الأستاذ الدكتور

محمد رأفت سعيد

أستاذ الشريعة والدراسات الإسلامية

وكيل كلية الآداب - جامعة المنوفية

عضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

عقد الاستصناع

وعلاقته بالعقود الجائزة

الطبعة الأولى

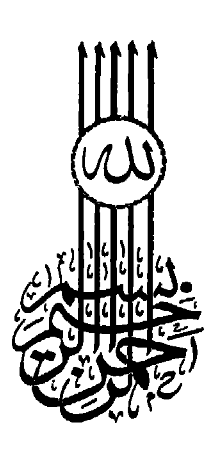
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م



دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - ج.م.ع - المنصورة

الإدارة : ش الإمام محمد عبده المواجه لكلية الآداب ص.ب: ٢٣٠
ت: ٢٢٥٦٢٢٠٠/ ٢٢٥٦٢٣٠ - فاكس: ٠٥٠/ ٢٢٦٠٩٧٤

المكتبة . امام كلية الطب ت ٠٥٠/ ٢٢٤٩٥١٣
E-Mail : DAR ELWAFA @ HOTMAIL. COM



المقدمة

نحمدك اللهم ونستعينك ونستهديك ، ونصلى ونسلم على خاتم أنبيائك ورسلك سيدنا محمد .

وبعد :

فإن جهود فقهائنا ما زالت متابعة لكل جديد من وجوه التعامل بين الناس ؛ لتكييف هذا التعامل وتوصيفه ، ومعرفة موافقته أو مخالفته للأصول الشرعية . وتأسيسه على ما عرف من أدلة الأحكام ومدى تحقيقه للمقاصد الشرعية ، وقد يكون الوجه الجديد جامعًا لوجوه معروفة من قبل ، ومنها يكون هذا الوجه ، وقد يضاف إلى هذه الوجوه القديمة بعض الأمور التى لم تعرف من قبل، وهنا تظهر العقلية الفقهية فى دقة التوصيف التى تتبع بإعطاء الحكم المناسب لكل وصف .

وهذا مجال لاتجاهات فقهية متعددة ، تدل على خصوبة الفكر ، وهى اتجاهات معتبرة ما دام الحال يتسع لأكثر من وجه ، وليس مقيدًا بدلالة قطعية واحدة لنص من النصوص .

ومن وجوه التعامل التى يتحقق فيها هذا القول « عقد الاستصناع »، فإن حاجة الإنسان إلى السلع التى تستصنع من الحاجات المتجددة ؛ وذلك لتطور الحياة البشرية ، بل وبصورة سريعة ، يكون المستصنع اليوم قديمًا

فى الغد ، وما صنع هذا العام ليس هو ما صنع فى العام السابق ، فقد يحتاج الأمر إلى إضافات جديدة تحتاجها طبيعة الآلة ، أو الجهاز المصنع ، وتقتضيه ضرورة الاستعمال .

كما أن الصانع فى إطار هذا القفز السريع فى التطور قد يحتاج إلى مال يدخل فى تهيئة هذه المصنوعات ، وكذلك فى نفقاته الخاصة .

وعلى ذلك فإن تحقيق حاجة المستصنع والصانع تجعل بينهما هذا الوجه الذى يمثل عقدًا بينهما يدفع فيه المستصنع مالاً للصانع ليصنع له ما يريد. فكيف يكيف هذا العقد ؟

هل هو مواعدة أم بيع ؟

وهل يكون بيعًا لما ليس عند البائع ؟ فلا يجوز ؟

وهل يستثنى من هذا نظرًا لحاجة الناس إليه كما استثنى السلم ، مع تحقيق ما يشترط فى السلم من تحديد الصفة والقَدْر والأجل ؟

وهل تحقق هذه الشروط يجعلنا نسميه سلمًا ولا حاجة إلى استحداث اسم آخر هو الاستصناع ؟

ولكن لوحظ أن هذا الاستصناع يختلف عن السَّلَم فى أن عقد الاستصناع يتضمن عمل عامل فى الصناعة ، فهل هذا العنصر يجعلنا نطلق عليه عقد إجارة ؟ أم أن عقد الاستصناع فيه من جوانب هذه العقود ما يكون عقدًا خاصًا يسمى بعقد الاستصناع ، وأن تضمنه لهذه الجوانب من العقود الجائزة يمنحه قوة الحكم بالجواز ؟

هذه التساؤلات هى عناصركتابى عن « عقود الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة » لتكون خطة البحث على النحو الآتى :

بعد هذه المقدمة أتناول المباحث الآتية :

- تعريف الاستصناع .
- حكم عقد الاستصناع .
- هل الاستصناع مواعدة أم بيع ؟
- هل هو عقد بيع ما ليس عنده ؟
- عقد الاستصناع وعقد السلم .
- عقد الاستصناع ، وعقد الإجارة .
- الإجارة .
- ملخص .
- الخاتمة .
- المراجع .

وأسأل الله التوفيق للوفاء بهذه المباحث دراسة ، ومناقشة ، واستنتاجًا ، فهو حسبى ونعم الوكيل .

أ.د . محمد رأفت سعيد

تعريف الاستصناع

الاستصناع فى كتب اللغة يعنى: طلب الصنع ، والصنع: هو العمل ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ ﴾ [النمل : ٨٨] .

والصناعة : حرفه الصانع وعمله (١) .

ومعنى الكلمة ـ إذن ـ أن يطلب إنسان من صانع أن يعمل له عملاً معينًا ، فإذا أضفنا إلى ذلك ما يجعل هذا الطلب محققًا لمراد الطرفين ـ دون منازعة بينهما ـ قلنا : ينبغى أن يحدد الطالب نوع ما يعمل ، وقدره، وصفته ، وكل ما يريد أن يكون عليه المصنوع ، فإذا اتفق الطرفان على هذه المواصفات فى العمل والزمن، واتفقا على تحديد الثمن الذى سيدفعه الطالب ، وقال الصانع : نعم . فهذه صورة عقد الاستصناع .

ويستوى هذا الشكل للاستصناع فى أن يكون بين فرد وفرد ، أو بين فرد ومؤسسة أو مصنع .

أما تعريف الاستصناع لدى الفقهاء فإنه يخضع لموقف كل فقيه منه ، فأكثر الحنفية ـ كما سنرى من تعريفهم له ـ يرونه عقداً مستقلا، وأما غيرهم من المالكية والشافعية والحنابلة ، فإن كثيراً منهم يلحقونه بأبواب السلم ، سواء كان على سبيل القول بجوازه كما عند المالكية والشافعية ، أو بمنعه كما عند الحنابلة وستعرف على ذلك من خلال ذكر تعريفات العلماء .

---

(١) انظر : لسان العرب ، مادة « صنع » ، ومختار الصحاح ص ٣٧١ .

يذكر الكاسانى فى البدائع (١) قول بعض الفقهاء: إن الاستصناع هو: « عقد على مبيع فى الذمة » ، ويزيد السمرقندى على التعريف السابق فيقول : « عقد على مبيع فى الذمة وشرط عمله على الصانع »(٢).

ويذكر ابن عابدين فى تعريف الاستصناع أنه : « بيع عين موصوفة فى الذمة لا بيع عمل » (٣) .

وفى المجلة العدلية نجد الجمع بين ذكر البيع والعقد فى وصف الاستصناع وتعريفه بأنه: « إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لى الشيء الفلانى بكذا قرشًا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعًا» (٤).

كما ذكر الكاسانى ما قيل من تعريف الاستصناع لدى بعض الفقهاء بأنه :« عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا » (٥) . أى عقد تفاوض بين المستصنع والصانع .

وإذا كان الإمام العينى قد ذكر صورة الاستصناع بقوله : « أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئًا بثمن معلوم » (٦)

وكذلك ابن عابدين: « هو طلب العمل منه فى شىء خاص على وجه مخصوص» (٧) . فإن طلب العمل مع المادة التى يصنع منها ، وبالثمن المعلوم يستدعى مبادلة مال بمال بالتراضى عند الحنفية (٨) ، وهو البيع ،

(١ ، ٢) بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٧ .
(٣) حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٢٥ .
(٤ ، ٥) انظر : درر الحكام ١ / ٩٩ .
(٦) رمز الحقائق ٢ / ٥٦ ، ٥٧ .
(٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥ / ٢٢٣ .
(٨) انظر : فتح القدير لابن الهمام ٥ / ٧٣ .

وعند إطلاقه يكون عقداً .

وبذلك يتوافق الأمرلدى الفقهاء المذكورين من اعتبار الاستصناع عقد بيع ، ويكون التعريف الجامع المانع لدى فقهاء الحنفية أنه: « عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص »(١) .

ولو اكتفى بما قيل فى تعريفه من أنه: « عقد على مبيع فى الذمة » لدخل فى التعريف عقد السلم .

وقيد شرط الصنعة يجعل العقد موافقًا للمعنى اللغوى،ولذلك لما ذكر الإمام السرخسى صورة الاستصناع قال فى مبسوطه : « استصنع الرجل خفين أو قلنسوة ، أو طستا ، أو كوزًا ، أو آنية من النحاس »(٢) .

وبالمعنى نفسه قال الكاسانى فى بدائع الصنائع:« لو قال إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما: اعمل لى خفًا ، أو آنية من أديم ، أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته ... فيقول الصانع: نعم » . وبمثل هذا قال البابرتى(٣) .

فالاستصناع - كما مر بنا لغة - طلب الصنعة ، ويلاحظ أن المواد المذكورة ، والصناعات المطلوبة تتلائم مع عصر المعرفين ، وإلا فالمعنى يتسع لكل مستحدثات العصور ، مادة ، وصنعة .

وإذا لم يعتبر شرط الصنعة فى التعريف ، على افتراض أنه لو تعاقد

---

(١) عقد الاستصناع ص ٥٩ .

(٢) المبسوط ١٢ / ١٣٨ .

(٣) العناية على الهداية ٥ / ٣٥٤ .

على مبيع فى الذمة ، وأحضر الصانع عينًا ، كان قد صنعها من قبل ، ورضى بها المستصنع فإن بعض الفقهاء ـ كما سيأتى ـ يرى أن العقد صحيح ، ولكن تم بطريق آخر غير الطريق الأول وهو طريق التعاطى .

وهذا ما رجحه الكاسانى بقوله : « والصحيح هو القول بأنه عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل ؛ لأن الاستصناع : طلب الصنع ، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا . فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه».

ولأن العقد على مبيع فى الذمة يسمى سلمًا . . . وهذا العقد يسمى استصناعًا ، واختلاف الأسامى دليل اختلاف المعانى فى الأصل . . . وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ، ورضى به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول ، بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما (1) .

والقول فى التعريف: بأنه عقد يخرج اعتبار الاستصناع وعداً ، وهذا سنفصل القول فيه بعد قليل .

والقول فى التعريف: « على مبيع » يخرج اعتبار الاستصناع عقد إجارة ؛ لأنها عقد على منافع وليست على عين ، ويخرج كذلك اعتباره عقداً على العمل ، أو الإجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع .

ولكن ما الذى يباع فى عقد الاستصناع ، كما ورد فى التعريف ؟

إنها المواد الخام التى تصنع ، أما المادة الخام فى الإجارة على العمل

---

(1) انظر : بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٧ .

فهى من عند المستأجر وعلى الأجير العمل فقط [1] .

والقول بأنه: «فى الذمة» يخرج اعتبار الاستصناع بيعًا بإطلاقه؛ لأن من شروط البيع أن يكون مقبوضًا فى المجلس، وهنا المطلوب صنعه فى الذمة.

والقول بأنه: « شرط فيه العمل » يخرج اعتبار الاستصناع سلمًا ، لأن السلم بيع آجل بعاجل [2] .

والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً . وسنتناول ، تفصيلاً ما يتعلق بعلاقة الاستصناع بالسلم والفرق بينهما فى مبحث قادم .

أما ذكر الوجه المخصوص فى التعريف فهو البيان التفصيلى لجنس المعقود عليه وصفته وقدره، وكل ما يريده المستصنع فيه، حتى يكون استصناعًا صحيحًا إذا تحققت فيه هذه الشروط، وإلا كان استصناعًا فاسداً .

هذا ما يتعلق بتعريف الاستصناع لغة واصطلاحًا ، واخترت لتعريفه اصطلاحًا ما ذكره فقهاء الحنفية لاعتبارهم إياه عقدًا مستقلاً ـ كما مر بنا .

ولكن لا نغفل أقوال بقية العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة فى الاستصناع قبل أن نذكر ـ تفصيلاً ـ علاقة عقد الاستصناع بالعقود الجائزة .

فأما المالكية: فإن ابن رشد [3] ـ وهو من أعيان المالكية ـ قد تناول

---

(١) انظر : عقد الاستصناع ص ٦٠ .

(٢) انظر : فتح القدير لابن الهمام ٥ / ٣٢٣ .

(٣) هو محمد بن أحمد بن رشد ، أبو الوليد قاضى الجماعة بقرطبة ، من أعيان المالكية ، وهو جد ابن رشد الفيلسوف ، توفى سنة ٥٢٠ هـ . الأعلام ٦ / ٢١٠ .

السلم فى الصناعات بما يدل على أن من يطلب من صانع صُنْعَ شىء له فهو جائز ، ولكنه يأخذ حكم السلم ، وبشروط السلم ، فيقول :

« وأما السلم فى الصناعات فينقسم فى مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام :

أحدها : ألا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ، ولا يعين ما يعمل منه .

والثانى : أن يشترط عمله ، ويعين ما يعمل منه .

والثالث : ألا يشترط عمله ، ويعين ما يعمل منه .

والرابع : أن يشترط عمله ، ولا يعين ما يعمل منه .

فأما الوجه الأول ؛ وهو ألا يشترط عمله ، ولا يعين منه ، فهو سلم ، على حكم السلم ، لا يجوز إلا بوصف العمل، وضرب الأجل ، وتقديم رأس المال .

وأما الوجه الثانى : وهو أن يشترط عمله ، ويعين ما يعمله منه ، فليس بسلم ، وإنما هو من باب البيع والإجارة فى الشىء المبيع .

فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشىء من العمل ، أو تمكن بإعادته للعمل ، أو عمل غيره من الشىء المعين منه العمل ، فيجوز على أن يشرع فى العمل ، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام ، أو نحو ذلك .

فإن كان على أن يشرع فى العمل ، جاز ذلك بشرط تعجيل النقد

وتأخيره ، وإن كان على أن يتأخر الشروع فى العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد ، بشرط حتى يشرع فى العمل .

وأما الوجه الثالث : وهو ألا يشرط عمله بعينه ، ويعين ما يعمل منه فهو ـ أيضًا ـ من باب البيع والإجارة فى المبيع ، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام تعجيل النقد وتأخيره .

وأما الوجه الرابع : وهو أن يشرط عمله ، ولا يعين ما يعمل منه فلا يجوز على حال ؛ لأنه يجتذبه أصلان متناقضان : لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضمونًا ، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه [1] .

ويقول الدردير [2] : « ثم شبه فى السلم قوله : كاستصناع سيف ، أو ركاب من حداد ، أو سرج من سروجى ، أو ثوب من حياك ، أو باب من نجار ، على صفة معلومة بثمن معلوم ، فالتعاقد على صنع شىء يأخذ حكم السلم عندهم » .

وقال الدردير[3] ـ أيضًا : « وقول خليل : كاستصناع سيف [4] تشبيه لا تمثيل » .

وإذا كان المالكية لم يعدوا « الاستصناع » عقدًا مستقلاً ، فكذلك الشافعية ، وأدرجوه كالمالكية فى مسائل السلم .

---

(١) المقدمات الممهدات ٢ / ٣٢ .

(٢) الشرح الصغير للدردير ٣ / ٢٨٧ .

(٣) المرجع السابق ٣ / ٢٦١ .

(٤) قول خليل : « والشراء من دائم العمل كالخباز ، وهو بيع ، وإن يدم فهو سلم كاستصناع سيف ، أو سرج » . انظر : مواهب الجليل ٣ / ٣٤٩ .

فطلب الصنعة عندهم جائز ، ولكن عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات .

فيرى الإمام الشافعى [١] ـ رحمه الله : أن الاستصناع جائز إذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة ، أو من مادتين لا يؤديان ـ جهالة قدرهما ـ إلى المنازعة ، بأن أمكن معرفة كل منهما لتمييزها عن بعضها . . . وإلا فلا يجوز فيهما إذا اختلطا،ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر[٢] .

ويقول الشافعى : « وهكذا كل ما استصنع » [٣] .

وعلى ذلك فالاستصناع عند الشافعى :« بيع موصوف فى الذمة يشترط فيه الصنعة » . والسلم عنده كذلك:« بيع موصوف فى الذمة » .

قال المحلى : « السلم ، ويقال له : السلف ؛ وهو بيع موصوف فى الذمة » [٤] .

وقال ابن حجر : « السلم هو بيع شىء موصوف فى الذمة » [٥] .

ويذكر الإمام النووى تعريفات للسلم فيقول :

أحدها : أنه عقد على موصوف فى الذمة ببدل يعطى آجلاً .

وثانيها : هو إسلام عوض حاضر فى موصوف فى الذمة .

---

(١) انظر: الأم ٢ / ١١٦ .

(٢) انظر : عقد الاستصناع ص ٧٠ .

(٣) الأم ٢ / ١٦٢ .

(٤) انظر : شرح المنهاج ١ / ٣٣٩ .

(٥) انظر: تحفة المحتاج ٥ / ٢ .

وثالثها : هو إسلاف عاجل فى عوض لا يجب تعجيله .

ثم يقول النووى : « إن السلم بيع » [1] .

وإذا كان المالكية والشافعية قد عدوا الاستصناع فى أبواب السلم ، فإن الحنابلة قد جعلوه فى باب بيع ما ليس عند الإنسان ، على غير وجه السلم .

ففى كشاف القناع والإنصاف وغيرهما : إن الاستصناع غير جائز ، نقلاً عن القاضى وأصحابه ، بأنه لا يصح استصناع سلعة ؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم [2] .

وقيل : لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له ؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم [3] .

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٤ / ٣ .

(٢) الإنصاف للماوردى ٤ / ٣٠٠ .

(٣) انظر : كشاف القناع للبهوتى ٣ / ١٥٤ ؛ وانظر: الفروع ٢ / ٢٣ .

حكم عقد الاستصناع

بعد تعرفنا على أقوال العلماء فى تعريف « الاستصناع » نستطيع أن نقول : إن جمهور فقهاء الحنفية قد اتفقت كلمتهم على « الجواز » ولم يخالف فى ذلك إلا « زفر » [1] ، وحكى ابن الهمام قول « زفر » فقال : والقياس أنه لا يجوز ، وهو قول « زفر » [2] . فهل قول « زفر » بعدم الجواز يقوم على القياس ؟

إن كان الأمر كذلك فإن الجمهور لا يرى ـ كذلك ـ القياس دليلاً على جواز « الاستصناع » .

وإنما يجوزونه بالاستحسان ، وكذلك ـ أيضًا ـ بالإجماع العملى ، والبعض يرى أنه بالسنة ـ كما سنبين .

ومن أقوال المجوزين نتعرف على أدلة هذا الحكم بجواز «الاستصناع» فالإمام محمد بن الحسن يقول : « لو استصنع رجل شيئًا بغير أجل جاز استحسانًا » [3] .

والإمام الكاسانى يقول : « أما جوازه فالقياس : أنه لا يجوز ؛ لأنه

---

(١) هو زفر بن هذيل بن قيس العنبرى البصرى صاحب أبى حنيفة ، ولد سنة ١١٠ هـ وتوفى سنة ١٥٨ هـ .

(٢) انظر: فتح القدير ٥ / ٣٥٥ .

(٣) انظر : عقد الاستصناع ص٩٥ ، نقلاً عن مخطوطة جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير ١ / ٦٣ .

باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم ؛ وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، رخص فى السلم ، ويجوز استحسانًا ؛ لإجماع الناس على ذلك » [1] .

والإمام الكمال بن الهمام يقول : « جاز استحسانًا » [2] .

والإمام السمرقندى يقول: « والقياس أنه لا يجوز، وفى الاستحسان جائز » [3] .

والإمام أبو بكر بن المنذر يقول: «وقال أبو حنيفة: هو جائز وللمستصنع الخيار إذا رآه مفروغًا منه » [4] .

وواضح من أقوال هؤلاء الأئمة أن القياس لا يجوز به الاستصناع ؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص فى السلم .

ويكون الجواز عندهم بالاستحسان ، ووجه الاستحسان : إجماع الناس على ذلك ؛ لأنهم يتعاملون بذلك فى سائر الأعصار ، وقد ورد فى الحديث عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه « . . . فما رأى المسلمون حسنًا فعند الله حسن ، وما رأوا سيئًا فهو عند الله سيئ » [5].

والقياس يترك بالإجماع ؛ ولهذا ترك القياس فى دخوله الحمام بالأجر ، من غير بيان المدة ، ومقدار الماء الذى يستعمل ، وفى شراء

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٨
(٢) شرح فتح القدير ٥ / ٣٥٥ .
(٣) تحفة الفقهاء ٢ / ٥٣٨ .
(٤) « عقد الاستصناع » ص ٩٦ ، نقلاً عن مخطوطة الأشراف لأبى بكر بن المنذر ص ٢٧ وما بعدها .
(٥) رواه الإمام أحمد فى مسنده ١ / ٣٧٩ .

البقل وغيره من المحقرات .

ولأن الحاجة تدعو إليه ؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل، من جنس مخصوص ، ونوع مخصوص ، وعلى قدر مخصوص ، وصفة مخصوصة ، قلما يتفق وجوده مصنوعًا ، فيحتاج إلى أن يستصنع ، فلو لم يجز لوقع الناس فى الحرج [1] .

قال الإمام القسطلانى فى تناوله لحديث الخياط : « إن فيه جواز الإجارة على الخياطة رداً على من أبطلها بعلة أنها ليست بأعيان مرئية ، ولا صفات معلومة .

وفى صنعة الخياطة معنى ليس فى سائر ما ذكره البخارى من ذكر القيمة ، والصائغ والنجار ؛ لأن هؤلاء الصناع إنما تكون منهم الصنعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب ، وهى أمور من صنعة يوقف على حدها ، ولا يخلط بها غيرها .

والخياط إنما يخيط الثوب فى الأغلب بخيوط من عنده ، فيجتمع إلى الصنعة الآلة ، وإحداها معناه النجارة ، والأخرى الإجارة ، وحصة إحداهما لا تتميز من الأخرى ، وكذلك هذا فى الخراز والصباغ إذا كان بخيوطه ، ويصبغ هذا بصبغة على العادة المعتادة فيما بين الصناع وجميع ذلك فاسد فى القياس . إلا أن النبى ﷺ وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها .

إذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس ، والعمل به ماض صحيح لما فيه من الإرفاق » [2] .

---

(١) انظر : أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنفى ص٥٥٧ .

(٢) انظر : إرشاد السارى للقسطلانى ٥ / ٦٦ ، ٦٧ .

وقد خرج الجواب عن القول بأنه معدوم :

ـ لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق .

ـ ولأن فيه معنى عقدين جائزين ، وهو السلم والإجارة ؛ لأن السلم عقد على مبيع فى الذمة ، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين ، كان جائزاً (١) .

هذا ما يتصل بأدلة الجواز من الإجماع العملى والاستحسان، وأما من رأى أن حكم جواز الاستصناع يعتمد ـ قبل ذلك ـ على السنة فيذكرون فى ذلك حديثين :

أولهما : حديث استصناع الرسول ﷺ خاتمًا (٢) .

وهذا ما جعل شارح المجلة العدلية يقول : « الاستصناع » ثبتت مشروعيته بالسنة وإجماع الأمة » ، « أما السنة فقد استصنع النبى ﷺ الخاتم » (٣) .

ثانيهما : ما روى من أن الرسول ﷺ استصنع المنبر ، فقد أخرج البخارى فى صحيحه عن أبى حازم قال : أتى رجل سهل بن سعد يسألونه على المنبر ، فقال بعث رسول الله ﷺ إلى فلانة امرأة قد سماها

---

(١) انظر : أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنفى ص ٥٥٧ ، وانظر: بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٨ .

(٢) شرح فتح القدير ٥ / ٣٥٥ .

(٣) انظر : درر الحكام ١ /٣٥٨ وانظر : الاعتبار ص ٢٣١ ، ٢٣٢ .

سهل : أن مرى غلامك النجار يعمل لى أعوادًا أجلس عليهم إذا كلمت الناس ، فأمرته بعملها من طرفاء الغابة ، ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله ﷺ بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه .

وفى رواية أخرى بصحيح البخارى ـ أيضًا ـ عن جابر بن عبد الله ﷺ أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ : يا رسول الله ؛ ألا أجعل لك شيئًا تقعد عليه ، فإن لى غلامًا نجارًا ، قال : إن شئت ، فعملت له المنبر ، فلما كان يوم الجمعة قعد النبى ﷺ على المنبر الذى صنع (١) .

قال القسطلانى فى تعقيبه على الروايتين : « يحتمل أن رسول الله ﷺ بلغها أنه يريد عمل المنبر ، فلما بعث إليها بدأته بقولها ، ألا أجعل لك شيئًا تقعد عليه فقال لها : مرى غلامك فعملت له المنبر » (٢) .

غير أن الاستدلال بحديث المنبر على الاستصناع ، واعتباره من أدلة السنة فى الجواز لم يكن محل اتفاق من العلماء ، فهل تم الاستصناع فيه بالمعنى اللغوى من طلب الصنعة ؟ أم هو هدية من صانعه للنبى ﷺ ؟

ـ أما حديث استصناع الرسول ﷺ للخاتم فيصح الاستدلال به ، مع مراعاة أن صاحب الاعتبار ، والذى ذكر هذا الحديث ، قد أورده فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار ، روى عن نافع عن عبد الله أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتمًا من ذهب ، وكان يجعل فصه إلى باطن كفه ، إذا

(١ ، ٢) انظر : فتح البارى ٤ / ٢٦٨ ، وإرشاد السارى ٦ / ٦٧ ، ٦٨ .

لبسه، فصنع الناس ، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه ، وقال : إنى كنت ألبس هذا الخاتم ، وأجعل فصه من داخل ، فرمى به، ثم قال: « لا والله لا ألبسه أبدًا فنبذ الناس خواتيمهم » . وعقب صاحب الاعتبار على الحديث بقوله : « هذا حديث صحيح ثابت ، وله طرق فى الصحاح فى كتابيهما من عدة طرق » [1] .

وقد وردت الأحاديث الصحيحة فى تحريم الذهب على الرجال ، ومنه الخاتم ، فعن ابن عباس ﵄ أن رسول الله ﷺ رأى خاتمًا من ذهب فى يد رجل فنزعه وطرحه ، وقال : « يعمد أحدكم إلى جمرة من نار فيطرحها فى يده » فقيل للرجل بعدما ذهب رسول الله ﷺ : خذ خاتمك انتفع به ؟ فقال : لا والله لا آخذه ، وقد طرحه رسول الله ﷺ. رواه مسلم .

وعن أبى سعيد ﵁ أن رجلاً قدم من نجران إلى رسول الله ﷺ ، وعليه خاتم من ذهب ، فأعرض عنه رسول الله ﷺ وقال : « إنك جئتنى وفى يدك جمرة من نار » رواه النسائى [2] .

---

(١) انظر: الاعتبار ص ٢٣١ ـ ٢٣٣ .

(٢) انظر: المنتقى من كتاب الترغيب والترهيب ٢ / ٦١٥، حديث (١٢١٦ ، ١٢١٧).

هل الاستصناع مواعدة أم بيع ؟

وبعد تعريف « الاستصناع » لغة واصطلاحًا وبيان حكمه نجد هذا التساؤل الذى أثاره اتجاه بعض الفقهاء فى اعتبار « الاستصناع » مواعدة فى حين اعتبره الجمهور عقد بيع .

فإذا طلب إنسان من صانع أن يصنع له شيئًا ، واتفق على وصفه وقدره،وزمنه ، وثمنه بين الطرفين ، فهل يسمى هذا مواعدة ، أم عقدًا؟

وبمعنى آخر: هل قبول الصانع لما قاله المستصنع يعد وعدًا منه ، إن وفى به كان مأجوراً ومثابًا على الوفاء ، وإلا كانت فيه خصلة من النفاق، دون أن يترتب على عدم الوفاء أثر قضائى ؟

إن ضرورة الاستصناع فى حياة الناس ، وحاجتهم إليه تجعل وجهة الجمهور والتى سنفصل القول فى أدلتها ـ إن شاء الله ـ محل تقدير واعتبار؛لأن ترك هذا لوفاء الصانع يتبعه فوات مصلحة المستصنع ، وضياع ماله،فهو يطلب شيئًا بمواصفات خاصة ويدفع مالاً ، ويوافق الصانع على ذلك وهذه عناصر العقد التى تتبع بالإلزام ، ويترتب عليه الضمان ،كما يكون معه الشرط الجزائى الذى يعين كلا الطرفين على الوفاء ، وإلا ضاعت الثقة بين الناس، وخاصة عندما يكثر الطلب على الصناع ، وأمام إغراء المال ، تقبل الطلبات،وتعطى الوعود دون صدق فيها ، ودون إتقان يفى بالمواصفات ، وإذا كان الشرط الجزائى لم يكن معروفًا بهذا الاسم من قبل ، فإن معناه كان متبعًا فى القرون الفاضلة .

فقد روى البخارى رحمه الله بسنده عن ابن سيرين ؛ أن رجلاً قال

لكريه: «أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا، فلك مائة درهم ، فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه » .

وقال أيوب : عن ابن سيرين أن رجلاً باع طعامًا وقال : « إن لم آتك الأربعاء فليس بينى وبينك بيع ، فلم يجئ فقال شريح للمشترى : أنت أخلفت فقضى عليه » (١) .

ويقول الأستاذ الزرقا: « فى أواخر العهد العثمانى اتسعت فى الدولة التجارة الخارجية مع أوربا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصنائع وتولدت فى العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة، واتسعت مجالات عقود الاستصناع فى التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية . . . وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا فى عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ التزامه فى حينه ومثل هذا الشرط يسمى فى اصطلاح الفقه الأجنبى (الشرط الجزائى)» (٢) .

ولذلك، فإن القول بأن الاستصناع مواعدة ليس محققًا لمهمة الاستصناع فى حياة الناس من ناحية، وليس موافقًا لطبيعة الاستصناع من ناحية أخرى .

والذى قال بأنه مواعدة جماعة من الحنفية منهم : الحاكم الشهيد(٣) والصفار (٤) ، ومحمد بن سلمة (٥) .

---

(١) انظر : فتح البارى شرح صحيح البخارى ٥ / ٢٦٢ .

(٢) انظر : المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقاء ص ٣٨٦ .

(٣) هو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزى ، الوزير العالم الكبير ، ولى القضاء فى بخارى ، قتل شهيدًا سنة ٣٣٤هـ . طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص ٥٧ .

(٤) هو أبو القاسم الصفار البلخى ، توفى سنة ٣٣٩هـ . المرجع السابق ص٦٤ .

(٥) هو أبو عبد الله محمد بن سلمة، روى عنه زفر، توفى سنة ٢٦٨ هـ. المرجع السابق ص ٤٥ .

إلا أن كلام الحاكم الشهيد ، والذى ذكره السرخسى فى المبسوط يدل على أنه لم يقل بأنه مواعدة بإطلاق ، وإنما ينعقد العقد بالتعاطى إذا جاء به مفروغًا منه ؛ ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما [1] .

والذى دعا هؤلاء إلى القول بأنه مواعدة ما يلى :

أولاً : أن الصانع له ألا يعمل ؛ وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لا عقد ؛ لأن كل ما لا يلزم الإنسان به مع التزام نفسه به يكون وعداً لا عقداً ؛ لأن الصانع لا يجبر على العمل بخلاف السلم فإنه مجبر بما التزم به [2] .

ثانيًا : أن المستصنع له الحق فى عدم تقبل ما يأتى له الصانع من مصنوع ، وله أن يرجع عما إستصنعه قبل تمامه ورؤيته . . . وهذا علامة أنه وعد لا عقد ؛ لهذا قال أبو اليسر : « إن الخيار ثابت لكل واحد منهما (الصانع والمستصنع) » [3] .

وبهذين الدليلين يرى أصحاب هذا القول بالمواعدة أن الاستصناع وعد بالبيع لا عقد بيع .

ولم ينس هؤلاء أن يردوا على الجمهور قولهم بأنه يكون مبيعًا فقالوا: المعدوم لا يصلح أن يكون مبيعًا .

وقالوا كذلك : العقود فى المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها ؛ فكيف صاغ القول بأنه عقد مع بطلانه بموت الصانع ؟

---

(١) المبسوط ١٢ / ١٣٨ .

(٢) انظر: عقد الاستصناع ص ٨٠ .

(٣) فتح القدير ٥ / ٣٥٥ .

فهذه أدلة القائلين بالمواعدة واعتراضاتهم ، وقد تناولها القائلون بأنه عقد فردوا عليها ، ثم قدموا أدلتهم ، على النحو التالى :

أولاً : ما قاله أبو اليسر ـ بأن إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد ـ غير صحيح ؛ فهو لا يدل على أنه غير بيع ؛ ألا ترى أن فى بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما الخيار ، فلم يخرجه إلى أن يكون وعداً .

ثانيًا : القول بأنه وعد لأن الصانع له ألا يعمل ، وللمستصنع الخيار فى ألا يقبل الشىء المصنوع ، كل ذلك وارد فى غير عقد الاستصناع . فالاستصناع لا يعتبر عقداً نافذاً ملزمًا إلا ساعة أن يتم الصانع ما طلب منه وفق المواصفات التى اشترطها المستصنع . . . ورأى المستصنع ذلك الشىء بعينه ورضى ، عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما ، فأما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع [1] .

ثالثًا : والقول بأن المعدوم لا يصلح أن يكون بيعًا ، فإن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكمًا كالناسى للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان ، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات ، فكذلك المستصنع فيه المعدوم جعل موجوداً حكمًا للتعامل الجارى بين الناس .

فإذا قيل : إن هذا إنما يصح أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع فى الاستصناع ، وليس هو العين .

---

(١) انظر : فتح القدير ٥ / ٣٥٥ ، ودرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ١ / ١٩٨ ، وعقد الاستصناع ص ٨٢ .

فإن الجواب قاله صاحب الهداية [1] : إن المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغًا لا من صنعته ، أو من صنعته ، قبل العقد فأخذه جاز .

رابعًا : والقول بأنه يبطل بموت الصانع ، والعقود فى المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها ؛ فإن الجواب عن ذلك : بأن الاستصناع إنما يبطل بموت الصانع ، وهذا لا يمنع أن يكون عقدًا [2] ، وهذا إذا كان الصانع فردًا ، أما إذا كان مصنعًا ، أو مؤسسة ، فلا وجه لهذا .

خامسًا : من الأدلة على أن الاستصناع عقد أن الصانع يملك الدراهم بقبضها ، وما دام يقبضها فهو عقد ؛ لأن المواعد على شىء لا يملك الدراهم بقبضها ، وبالاستصناع يملكها ملكًا غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية [3] .

سادسًا : ومن الأدلة ـ كذلك ـ أنه قد أجريت فى الاستصناع القياس والاستحسان . . . ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج إلى إثبات الاستدلال به إلى إجراء القياس والاستحسان . . . فقد ثبت العمل بالوعد بالنص والإجماع [4] .

سابعًا : ومن الأدلة ـ كذلك ـ أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية ،

---

(١) انظر : الهداية ٥ / ٣٥٥ .

(٢) الفتاوى الغياثية ص ١٥١ .

(٣) انظر :حاشية الطحاوى ٣ / ١٢٦ ، وفتح القدير ٥ / ٣٥٥ .

(٤) كما ورد فى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا اؤتمن خان » .

والوعد لا يحتاج إلى إثبات الخيار[1] .

ثامنًا : ومن الأدلة ـ كذلك ـ أن الاستصناع يجرى فيه التقاضى، والتقاضى إنما يثبت فى الواجب بالعقود لا بالوعود . . . فإذا ما وعد شخص آخر لا يؤدى عدم الوفاء بذلك الذهاب للقضاء ، وإقامة الدعوى، وإنما الذى يكون كذلك فيما هو واجب بالعقد بينهما [2] .

تاسعًا : أن الصانع فى الاستصناع يجبر على عمله ، والمواعد على الشىء لا يجبر على ما وعد به إلا من باب الوفاء بالوعد ـ إن استطاع ذلك ـ أما الذى تعقد فى الاستصناع فإنه يجبر على صنع ما تعاقد عليه فإن لم يستطع يمكن أن يطلب من صانع آخر أن يتم عمله [3] .

عاشرًا : أن المستصنع لا يرجع عما طلب ،ولا يجوز له أن يرجع ؛ لأنه إن تعاقد لا يحق له أن يرجع عنه ؛ذلك لأن التراجع له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على أمر من المستصنع ؛ فإن رجع فقد لا يشتريه أحد لعدم موافاته للشروط التى يطلبها هذا الأخير [4] .

كما أن المستصنع إذا رأى المطلوب صنعه (المستصنع فيه) فهو بالخيار؛ لأنه « اشترى ما لم يره » ، فالقول بأنه اشترى ما لم يره دليل على أنه يريد به ذلك المستصنع ، واعتباره شراء دليل على أنه عقد [5] .

لذلك ، فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شىء واضح على أنه يراد به

(١ ، ٢) انظر : بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٧ ، والمبسوط ١٢ / ١٣٨ .

(٣) انظر : درر الحكام ٢ / ١٩٨ وعقد الاستصناع ص ٨٣ .

(٤) درر الحكام ٢ / ١٩٨ .

(٥) انظر : فتح القدير ٥ / ٣٥٥ .

أنه ليس بوعد ، والشراء إذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع ، وأيضًا فإن الشراء بيع ؛ لأنه من الأضداد .

ومن جملة ما سبق من أدلة الفريقين يظهر لنا بوضوح أن أدلة القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعد أقوى ، وهى أجدر بالقول والحكم ؛ تحقيقًا لما يراد من الاستصناع فى تحقيق منفعة الطرفين ؛ المستصنع ، والصانع ، مع التزامهما بما اتفقا عليه بينهما ، دون تراجع يفسد مصلحة أحدهما ، ودون إخلال بالمواصفات ، أو تضييع للحقوق.

كما أن توصيف الاستصناع بأنه عقد يضمن للناس تقدمًا وتطورًا مستمرًا فى الحركة الصناعية تلبى رغبات الناس المتجددة والنامية .

هل هو عقد بيع ما ليس عنده ؟

وإذا توصلنا إلى اعتبار « الاستصناع » عقد بيع ، وليس بوعد ، بقى أن نناقش علاقة الاستصناع ببيع ما ليس عند المرء ، وتعود هذه المسألة إلى أن المال المستصنع ليس موجودًا بصفته المطلوبة وقت التعاقد .

فهل يجرى على الاستصناع بهذا المعنى ما ورد فى حديث حكيم بن حزام ﷺ ، أنه قال : أتيت رسول الله ﷺ فقلت : يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى ، أبتاع له من السوق ، ثم أبيعه ، قال : « لا تبع ما ليس عندى » .

وفى لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال : نهانى رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندى (١) .

---

(١) انظر : عارضة الأحوذى بشرح الترمذى ٥ / ٢٤١ ، وقال أبو عيسى : « هذا حديث حسن » .

والصورة المذكورة فى حديث حكيم هى أن يبيع المرء للناس أشياء لا يملكها ، ويأخذ الثمن منهم ، ثم يذهب إلى السوق ليشترى هذه الأشياء.

ولا يخفى ما فى هذه الصورة من المخاطر والغرر ، فقد لا يجد الشىء المراد فى السوق ولذلك يقول شمس الدين بن قدامة : « لا يجوز بيع ما لا يملكه ليمضى فيشتريه ويسلمه ؛ رواية واحدة ، وهو قول الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفًا (١) .

فالنهى عن بيع ما ليس عند الإنسان يرتبط بالغرر والجهالة ، وهذا يؤدى إلى المنازعة بين الناس ، وقد نهى النبى ﷺ عن البيوع التى تحقق فيها هذا الغرر ، فروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ عن بيع الغرر .

والغرر ما انطوى عنه أمره ، وخفيت عليه عاقبته .

ومن هذا الوجه النهى عن بيع نتاج النتاج كأن يقول البائع : بعت ولدَ ولدِ هذه الناقة ، وكذلك بيع الحمل .

وقال الشوكانى : ومن جملة بيع الغرر : بيع السمك فى الماء .

فهل صورة عقد الاستصناع لا غرر فيه ؛ لأنه معلوم وموصوف ومقدور التسليم بحكم العادة ، وما تعارف عليه الناس وتقديرهم لخبرة الصناع ، فأسباب الغرر منتفية ، والشىء ولو أنه غير موجود وقت العقد إلا أنه مقدور عليه بما وصف به ، وبما عرف من إمكانية إنجاز الصانع له.

ويعالج ابن القيم ـ رحمه الله ـ هذه المسألة فى بيانه لحكم بيع

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى ٤ / ١٩ .

المعدوم عند العقد ، فيرى أن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر، وعزا هذا الرأى إلى عدم ورود دليل من الكتاب ، ولا من السنة ، ولا من أحد الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز ، لا بعموم لفظ ولا عموم معنى .

وإنما ورد النهى عن بيع الأشياء التى هى معدومة ، كما ورد النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة ، وإلى أن الشارع أورد نصًا بجواز بعض المعدوم كبيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح .

والخطر هو للغرر لا للعدم فيقول :

« أما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لا يجوز ، فالكلام عليها من وجهين :

أحدهما : منع صحة هذه المقدمة إذ ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله ﷺ ، ولا فى كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام ، وإنما فى السنة النهى عن بيع الأشياء التى هى معدومة ، كما فيها النهى عن بعض الأشياء الموجودة ، فليست العلة فى المنع ؛ لا العدم ولا الوجود ، بل الذى وردت به السنة النهى عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودًا أو معدومًا ، كبيع العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وإن كان موجودًا ، إذ موجب البيع تسليم المبيع ، فإذا كان البائع عاجزًا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلا بوكس ، فإن أمكن المشترى تسلمه كان قد قمر البائع ؛ وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع ، وهكذا المعدوم الذى هو غرر ، نهى عنه للغرر لا للعدم ، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة ، أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ، ولا صفته .

وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله ، ونظير هذا فى الإجارة أن يكون دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة ، وكذلك فى النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها ، أو ابنة لم تولد له ، وكذلك سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض، فلا غرر فى تعلقها بالموجود والمعدوم، وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر .

ثانيهما : أن نقول : بأن الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذى لم يخلق بعد .

والنبى ﷺ نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه ، وأباحه بعد بدو الصلاح» (١) .

(١) فى حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبى ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » رواه الجماعة إلا الترمذى . انظر: منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥ / ١٩٥ ، وانظر : إعلام الموقعين ١ / ٤٦٢ ، ٤٦٣ .

عقد الاستصناع وعقد السلم

لقد تعرفنا على موقف العلماء من عقد الاستصناع فى تعريفهم له ، وكيف تناوله المالكية والشافعية والحنابلة بإدخال مسائله فى عقد السلم ، أو فى البيع بالصفة ، أو تشبيهه بالسلم .

فما صلة « الاستصناع » بـ « السلم » ؟

لقد مر بنا ما ذكره ابن رشد ملخصًا موقف المالكية فى ربط الاستصناع بالسلم ، فذكر من مباحث السلم : السلم بالصناعات [1] .

وكذلك ما ذكر فى الأم [2] من تقسيم الشافعى للسلم بالصناعات إلى قسمين :

الأول : ما كان من مادة خام واحدة ما عدا المادة المزيتة .

والثانى : ما كان من مادتى خام فأكثر ما عدا المادة المزيتة .

وإذا كان المالكية قد شبهوا الاستصناع بالسلم ، والشافعية قد أدخلوه فى مباحث السلم ، فإن الحنابلة قد ذكروا السلم فى الصناعات .

وأما الحنفية فقد رأينا كيف عدوا الاستصناع عقدًا مستقلاً ، وفى تعريفهم له وجدنا ما يميزون به بين العقدين ، ففى « اشتراطهم للعمل فى الاستصناع تمييز له عن السلم ، إذ إن السلم هو بيع آجل بعاجل »[3].

(١) المقدمات الممهدات ٢ / ٣٢ . (٢) انظر : الأم ٢ / ١١٦ .
(٣) فتح القدير ٥ / ٣٢٣ .

ففيه بيع فى الذمة .

وقيل : هو أخذ ثمن عاجل بآجل [1] ، والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً [2] .

ويميز السرخسى بينهما عندما يذكر أن البيوع أربعة : بيع عين بثمن، وبيع دين فى الذمة بثمن ، وهو السلم ، وبيع عمل ، العين فيه تبع ، وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما ، فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث فى المحل بعمل العامل ، والعين هو الصبغ بيع فيه .

وبيع عين شرط فيه العمل ،وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين [3] . فالسرخسى ميز بين هذه البيوع ، ولكنه فى الوقت نفسه ساوى بين السلم والاستصناع فى كونه بيعًا ، ولكن له اسم مستقل وشروط خاصة به [4] .

كما أن المسلم فيه مبيع وهو دين ، ورأس المال ، وهو الثمن قد يكون عينًا ، وقد يكون دينًا ، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين أنفسهما فيصير عينًا .

أما فى الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند أكثر الفقهاء ، كما أن سلم لا يشترط أن يكون المسلم فيه مصنوعًا ، بل فى الغالب يكون عامًا أو حيوانًا ، أو غير ذلك ، ولا يشترط فيه الصنع .

، حاشية سعدى جلبى مع فتح القدير ٥ / ٣٢٣ .

ا انظر : عقد الاستصناع ص٦٠ .

(انظر : المبسوط ١٥ / ٨٤ .

(انظر : عقد الاستصناع ص ١٢٨ .

أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع ، والشرط يقع على عمل فى المستقبل لا فى الماضى [1] .

وإذا تتبعنا ما ذكر لدى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وجدنا الحديث عن الاستصناع بما عرفناه به، وبما عرفه به الحنفية يأخذ مصطلح السلم .

فلو أعطى للصانع الذى يصنع الآجر ، أو الجيار ثمن شىء معلوم ، وأخذ منه حالاً ، أو إلى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك على أنه سلم [2].

واستصناع السيف ، أو السرج ، أو الثوب ، أو الباب ، ونحو ذلك من حداد أو سروجى ، أو حائك ، أو نجار على صنعة معلومة ، وبثمن معلوم جائز . وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة [3] .

وهكذا نجد ما يذكر فى عقد الاستصناع قد أخذ مصطلح السلم لدى المالكية .

ويضيف الإمام الشافعى ـ رحمه الله ـ ومن تبعه من الشافعية فى الحديث عن السلم بالصناعات ما يفيد اشتراط الضبط فى المبيع ؛ حتى لا يكون فيه غرر .

فيجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه ، وتضبط صفاته [4] .

ومثل الشيرازى فى المهذب بأشياء تدل على أنها لا تباع إلا بعد صنعها كالفخار . كما جوز التعامل بالورق المصنوع ؛ لأنه معلوم القدر ومعلوم الصفة ، كما يجوز فيما صبغ غزله ثم نسجه لأنه بمنزلة صبغ الأصل [5].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٧ ، وانظر : عقد الاستصناع ص ٦١ .
(٢) حاشية المدنى على الرهونى ٣ / ٢٥٢ .
(٣) الشرح الصغير للدردير ٣ / ٢٨٧ .
(٤ ،٥) المهذب للشيرازى ١ / ٢٩٧ .

ويقول الشيرازى : واختلف أصحابنا فى الثوب المعمول من غزلين ، فمنهم من قال : لا يجوز ؛ لأنهما جنسان مقصودان ، لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية .

ومنهم من قال: يجوز ؛ لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما .

ويقول النووى: يجوز السلم فى الكاغد عددًا، ويبين نوعه وطوله[1] .

وفى تحقيق الضبط والدقة يذكر النووى ما يكون من جواز السلم فيما يصب منها فى القالب لعدم اختلافه .

وما يكون ـ كذلك ـ فى صنع الثياب بذكر جنس الخيط كأن يكون من إبريسم ، أو قطن ، أو كتان ، والنوع ، والبلد الذى ينسج فيه ، إن اختلف به الفرض . كما يجوز السلم فى القمص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضًا وسعة وضيقًا .

وتمتد الدقة فى ذكر ما يضبط المصنوعات لتأخذ حكم الجواز لنجد اتساع ذكر المصنوعات التى وجدت فى عصرنا فيذكر الأستاذ المطيعى فى تكملته للمجموع ، مجموعة من الصناعات الحديثة ، وجوز التعامل بها على أسس طلب الصنعة، وأعطاها حكم السلم ، كالثلاجة ، والغسالة ، والمذياع ، والمحركات بأنواعها [2] .

وما وجه إليه الشافعية من مراعاة الضبط الذى لا يكون معه غرر قد وجد سبيله فى الصناعات المعاصرة بذكر مواصفات كل سلعة، وخصائصها، ويبقى مراعاة الأمانة وعدم الوقوف فى الغش التجارى .

وأما مسألة اختلاط المواد الخام واعتبار الاختلاط نافيًا للضبط فإن هذا

---

(١) روضة الطالبين ٤ / ٢٨ .

(٢) تكملة المجموع ١٣ / ١٣٠ .

قد ضبطت مقاديره لتقدم الصناعات، ومعرفة طرق القياس، بحيث يستطيع الإنسان إن يقدر السلعة المصنوعة بنسبها، دون اضطراب فى التقدير .

وما قاله صاحب المهذب بأنه لا يجوز السلم فيما يجمع أجناسًا مقصودة لا تتميز كالغالية بسبب أن الغالية تكون عادة من عدة مواد خام كالكافور والعنبر المخلوط بماء الورد ـ يصبح ـ الآن مضبوطًا بمعرفة نسب المكونات، وما يترتب عليها، وعلى ذلك يتغير الحكم لزوال العلة إلى الجواز .

ونجد عند الحنابلة التأكيد على الضبط فى السلم بالصناعات كذلك ، فهم يجوزون السلم فى كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التى تختلف الأثمان باختلافها [1] . وكذلك يجوزون بيع المزروع من الثياب والخيوط، والثوب المختلف الغزول كقطن وإبريسم ، أو قطن وكتان « فإنه يجوز بيعها من طلب الصنعة بشرط ضبطها » [2] . وذلك بأن يقول: السدى : « إبريسم » . واللحمة : « كتان » ، ونحوه [3].

وبعد ذلك أقوال العلماء فى الاستصناع وإلحاقه بمباحث السلم يحسن أن نذكر شيئًا يسيرًا يوضح معناه ودليل مشروعيته حتى يتضح وجه الربط بين « الاستصناع » و « السلم » .

السَّلَم :

قال أهل اللغة : يقال: السلف والسلم، وأسلم وسلّم، وأسلف وسلَّف .

وقال الماوردى : إن « السلف » لغة أهل العراق و « السلم » لغة أهل الحجاز [4] .

---

(١) انظر : المغنى ٤ / ٣٥٦ .
(٢) كشاف القناع ٣ / ٣٧٧ .
(٣) انظر: المغنى ٤ / ٣٣٦ ، وعقد الاستصناع ص ١١٥ .
(٤) انظر : السراج الوهاج ٦ / ٩٢ .

وقال القرطبى فى تفسيره: حد علماؤنا ـ رحمة الله عليهم ـ فقالوا : هو بيع معلوم فى الذمة ، محصور بالصفة ، بعين حاضرة ، أو ما هو فى حكمها ، إلى أجل معلوم (١) .

فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قدم النبى ﷺ المدينة ، وهم يسلفون فى الثمار : السنة والسنتين ، فقال : « من أسلف فى ثمر ، فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » (٢) .

فالسلم من البيوع الجائزة بالاتفاق ، مستثنى من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عندك ، وأرخص فى السلم ؛ لأن السلم لما كان بيع معلوم فى الذمة ، كان بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين ؛ فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشترى الثمرة ، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها ينفقه عليها ، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية ، وقد سماه الفقهاء : بيع المحاويج ، فلو جاز حالاً بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة ، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عندك فائدة .

فحكم السلم ـ إذن ـ الجواز ، ودليل ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

فأما الكتاب فهو قوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**﴾ [البقرة :٢٨١] قال ابن عباس: هذه الآية نزلت فى السلم خاصة .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٣ / ٣٤٢ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ١١ / ٤١ .

وقال ابن قدامة بعد ذكر هذه الآية : وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أصله الله فى كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية .

وأما السنة ، فقد ذكرنا منها حديث ابن عباس رضي الله عنهما : « من أسلف . . . » وهو حديث متفق عليه .

وروى البخارى عن محمد بن أبى المجالد قال : أرسلنى أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى ، وعبد الله بن أبى أوفى ، فسألتهم عن السلف ، فقالا : نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام ، فنسلفهم فى الحنطة ، والشعير ، والزيت ، فقلت : أكان لهم زرع ، أم لم يكن لهم زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك .

وأما الإجماع ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن السلم جائز ، ولأن المثمن فى البيع أحد عوض العقد ، فجار أن يثبت فى الذمة كالثمن ، ولأن بالناس حاجة إليه ؛ لأن أرباب الزرع ، والثمار ، والتجارات ، يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل ، وقد تعوزهم النفقة ، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص [1] .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٣ / ٣٤٤ .

عقد الاستصناع وعقد الإجارة

للاستصناع شبه بالإجارة فى طلب الصنع ، وهو العمل [1] . جعل بعض العلماء يقولون : إن الاستصناع « إجارة محضة » [2] .

وربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ ، فإن فعل الصباغ هو : الصبغ « العمل » فى العين بصبغها ، وإن ذلك هو نظير الاستصناع ، وأن عمل الصباغ إجارة محضة .

ولكن يفترق الاستئجار على الصبغ عن الاستصناع .

فالصبغ ، وهو عمل الصباغ إجارة وردت على العمل فى عين يملكها المستأجر . أما الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع ، ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفه إلا بالعمل فأشبه العقد ـ هنا ـ الإجارة فى حكم واحد لا غير ولذلك افترق عمل الأجير عن الاستصناع .

ولكى يكون التفريق بين « الاستصناع » و « الإجارة » واضحًا سأذكر تعريفًا وبيانًا موجزًا بحقيقة الإجارة وحكمها وآدابها ، ثم نذكر ما بينها وبين الاستصناع من فروق .

الإجارة :

والإجارة بيع منافع معلومة بعوض معلوم ، وهى معارضة صحيحة،

---

(١) انظر: العناية مع فتح القدير ٥ / ٣٥٥ ، وابن عابدين فى حاشيته ٥ / ٢٢٤ .

(٢) العناية مع فتح القدير ٥ / ٣٥٦ .

يجرى فيها ما يجرى فى البيوع من الحلال والحرام .

وقال القرافى فى الذخيرة : يقال آجر ـ بالمد والقصر ـ وأنكر بعضهم المد ، وهو منقول ، قال : ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهى منافع ، خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف فى تخصيص كل نوع تحت جنس باسم ؛ ليحصل التعارف عند الخطاب

وقال : وقد غلب وضع الفعالة ـ بالكسر ـ للصنائع نحو : الصناعة، والخياطة، والتجارة ونحو ذلك .

والفَعالة ـ بالفتح ـ لأخلاق النفوس نحو : السماحة ، والشجاعة والفصاحة ، ونحو ذلك .

والفعالة ـ بالضم ـ لما يطرح من المحقرات نحو الكُناسة ، والقُلامة، والفُضالة ، والنُخالة ونحو ذلك [1] .

وقال فى اللباب : حقيقة الإجارة تمليك كمنفعة غير معلومة ، زمنًا معلومًا ، بعوض معلوم ، وقال : وقد خص تمليكك منفعة الآدمى باسم الإجارة ، ومنافع الممتلكات باسم الكراء ، قال : وحكمها الجواز ابتداء ، واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن به ما يفسدها .

قال : وحكمة مشروعيتها التعاون ودفع الحاجات ، وقد نبه الله تعالى على ذلك بقوله : ﴿ **وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا**﴾ [الزخرف : ٣٢] .

قال سليمان الجمل فى حاشيته على الجلالين : أى ليستعمل بعضهم بعضًا فى حوائجهم ، فيحصل بينهم تآلف وتضامّ ، ينتظم بذلك نظام

(١) انظر : مواهب الجليل ٤ / ١٢١ .

العالم، لا لكمال فى الموسع عليه ، ولا لنقص فى المقتر عليه .
قال: وعبارة الخطيب : ﴿ ليتخذ بعضهم بعضًا سخريًا ﴾ أى: فيسخر الأغنياء بأموالهم الأجراء الفقراء بالعمل، فيكون بعضهم سببًا لمعاش بعض؛ هذا بماله ، وهذا بأعماله ، فيلتئم قوام العالم ؛ لأن المقادير لو تساوت لتعطلت المعايش(١).

وقال القرطبى فى تفسيره عند قوله تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف : ٧٧] ، قال : فيه دليل على صحة جواز الإجارة ، وهى سنة الأنبياء والأولياء .

وفى السنن الكبرى للبيهقى باب جواز الإجار ، قال تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٦] فأجاز الإجارة على الرضاع .

وقال تعالى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ (٢٦) ﴾ [القصص] .

قال الشافعى : فذكر الله أن نبيًا من أنبيائه آجر نفسه حججًا مسماة ملك بها بضع امرأة ، فدل ذلك على تجويز الإجارة .

وقالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها : استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بنى الديل ، هاديًا خريتا ، وهو على دين كفار قريش فدفعا إليه راحلتيهما ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ، هذا لفظ البغوى ، والحديث فى صحيح البخارى باب : استئجار المشركين عند الضرورة .

وعن أبى هريرة رضي الله عنه عن النبى ﷺ قال: « ما بعث الله نبيًا إلا رعى

---

(١) انظر: مواهب الجليل :٤/ ١٢١ .

الغنم» . فقال أصحابه : وأنت ؟ فقال :« نعم ، كنت أرعى على قراريط لأهل مكة» . أخرجه البخارى فى صحيحه فى أول الإجارة .

ودليل الإجار كالبيع ، ما أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى : باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة ، وتكون الأجرة معلومة استدلالاً بما روينا فى كتاب البيوع عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر ، والإجارات صنف من البيوع ، والجهالة فيها غرر ، ثم ساق سنداً إلى أبى هريرة رضي الله عنه عن النبى ﷺ : « لا يساوم الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، ولا تناجشوا ، ولا تبايعوا بإلقاء الحجر ، ومن استأجر أجيرًا فليعلمه أجره » .

قال : ورواه حماد بن سلمة ، عن حماد ، عن إبراهيم عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ نهى عن استئجار الأجير ، يعنى حتى يبين له أجره .

واستشهد ابن قدامة فى المغنى بهذا الحديث ـ كذلك فقال : يشترط فى عوض الإجارة كونه معلومًا . لا نعلم فى ذلك خلافًا ؛ وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلومًا كالثمن فى البيع ، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال : « من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره » .

وفى المقدمات لابن رشد : لا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة ، معلومة ، وأجل معروف ، أو ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل ، أو توقيت العمل فيما يستعمل ، وعمل موصوف ، أو عرف فى العمل والخدمة ، يدخل عليه المتاجرون فيقوم ذلك مقام الصفة ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾ [القصص : ٢٧] .

قال : فسمى الأجرة ، وضرب الأجل ولم يصف الخدمة والعمل ؛ لأن العرف والعادة أغنياهما عن ذلك .

قال : وقال ﷺ : « من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره »، وقال ﷺ : « من استأجر أجيرًا فليؤجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم » . فأمر بتسمية الأجر ، وضرب الأجل ، وسكت عن وصف العمل ، إذ قد يستغنى عن ذلك بالعرف والعادة اللذين يقومان مقامه .

وأما ما روى فى السنن الكبرى عن عوف بن مالك وإعراض أصحابه عن الأكل من أجرته ، فذلك لكون الأجرة كانت مجهولة .

فعن عوف بن مالك قال: غزونا وعلينا عمرو بن العاص، وفينا عمر ابن الخطاب وأبو عبيدة بن الجراح ، فأصابتنا مخمصة شديدة، فانطلقت ألتمس المعيشة ، فألفيت قومًا يريدون أن ينحروا جزورًا لهم، فقلت: إن شئتم كفيتكم نحرها وعملها وأعطونى منها، ففعلت، فأعطونى منها شيئًا ، فصنعته ثم أتيت عمر بن الخطاب فسألنى: من أين هو ؟ فأخبرته ، فقال : أسمعك تعجلت أجرك وأبى أن يأكله ثم أتيت أبا عبيدة فأخبرته، فقال لى مثلها ، وأبى أن يأكله ، فلما رأيت ذلك تركتها، قال: ثم أبردونى فى فتح لنا ،فقدمت على رسول الله ﷺ فقال: «صاحب الجزور؟ » ولم يرد على شيئًا ،وفى حديث سعيد : لم يزدنى على ذلك .

قال البيهقى: « وفى هذا أن الأجر كانت مجهولة، وفى الذمة معلقة بعين » (١) .

ولا يفوتنا فى هذه الرواية أن ننوه بما كان عليه الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ من تحرى الحلال حتى فى المخمصة، وأن المجتهد يجد من أصحابه

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٤ / ١٢٣ .

من يقوم اجتهاده ، ويصير إلى ما أجمع عليه أصحابه ، فعوف اجتهد وأخذ الأجرة على أنها حلال ، ورأى أصحابه غير ذلك مع حاجتهم إلى الطعام وأبو أن يأكلوا ، وامتنع هو كذلك معهم . ولما أرسلوه بفتح فتحه الله عليهم إلى النبى ﷺ ذكره بما كان منه بقوله: « صاحب الجزور».

ومن آداب الإجارة: ما جاء فى حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » . رواه ابن ماجه فى كتاب الرهون [1] .

قال البوصيرى فى مصباح الزجاجة : « أصله فى صحيح البخارى وغيره ـ ويقصد بهذا رواية أبى هرير رضي الله عنه عن النبى ﷺ قال : « قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعطه أجره»[2]. يقول: لكن إسناد ابن ماجه ضعيف، وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان ، وذكره البغوى فى المصابيح فى قسم الإحسان[3].

والإجارة فى كتابنا ـ هذا ـ تنصرف إلى الإجارة على الصنع، وقد عرفها السرخسى بقوله: إن الاستئجار لصناعة هو: بيع عمل العين فيه تبع[4] .

وفرق بين الاستصناع والاستئجار للصناعة بقوله: « إذا أسلم حديدًا إلى حداد ليصنعه إناء مسمى، بأجر جائز ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمى ؛

---

(١) باب (٤) إجارة الأجير على طعام بطنه ، حديث رقم (٢٤٤٣) ٢ / ٨١٧ .

(٢) صحيح البخارى بحاشية السندى ٢ / ٢٣ ، باب : إثم من منع أجر الأجير من كتاب الإجارة .

(٣) انظر : سبل السلام ٣ / ١٧٢ ، ١٧٣ .

(٤) المبسوط ١٥ / ٨٤ ، و عقد الاستصناع ص ١٣٢ .

لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به ، وذلك لا يتأتى هنا ، فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه .

فأما فى الاستصناع : المعقود عليه العين ، وفسخ العقد فيه ممكن ؛ فلهذا أثبت خيار الرؤية فيه ؛ ولأن الحداد - هناك - فى مثال الحداد المستأجر للصنع ، يلتزم العمل بالعقد فى ذمته ، ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه » (١) .

كما فرق الكاسانى بين الاستصناع والاستئجار للصنع بقوله : « إن أسلم إلى حداد حديدًا ليعمل له إناء معلومًا بأجر معلوم ، أو جلدًا إلى خفاف ليعمل له خفًا معلومًا بأجر معلوم، فذلك جائز لا خيار فيه ؛ لأن هذا ليس باستصناع ، بل هو استئجار فكان جائزًا ، فإن عمل كما أمر استحق الأجر وإن فسد فله أن يضمنه حديدًا مثله ؛ لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديدًا ، واتخذ فيه آنية من غير إذنه ، والإناء للصانع ، لأن المضمونات تملك بالضمان. فهذه تختلف الإجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافًا بائنًا ؛ ولو شابه الإجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدين مثلاً » (٢) .

فالصانع يعد من قبيل الأجير المشترك ، وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعته فهو يقدم عملاً لا عينًا ، وأما الاستصناع فإن الصانع يقدم فيه مادة وعملاً بها،ولهذا لو تعاقد على أن تكون العين من صاحب

---

(١) المبسوط ١٥ / ٨٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٧٨ ، والاستصناع ص١٣٢ .

العمل ،والعمل من الصانع كان العقد عقد إجارة لا استصناع .

وإن دفع إليه بعض المعمول وأمره أن يزيده من عنده ما بقى لإتمامه فهذا جائز ويكون قرضًا .

ولو أمره أن يزيد إليه شيئًا مجهولاً ، فإن العقد لا يصح ، إلا إذا كان ما أمره بزيادته ـ وإن كان مجهولاً ـ من الأمور المعلومة عند الصناع فإنه يصح . وذلك كأن يدفع للصانع ثوبًا ليصبغه بعصفر ، فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم . وكل ذل يختلف باختلاف العرف فى كل بلد[1].

ومع وجوه التفريق بين « الإجارة على الصنع » و « الاستصناع » ، فإن بعض فقهاء الحنفية يرون أن « الاستصناع » إجارة ابتداء ،بيع انتهاء .

ففى فتح القدير نقلاً عن الذخيرة : الاستصناع إجارة ابتداءً ، بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم ، لا عند التسليم [2] .

بدليل أنهم قالوا : إذا مات الصانع يبطل ، ولا يستوفى المصنوع من تركته ، ذكره محمد فى كتاب البيوع .

لكن القول ببطلان عقد الاستصناع بموت أحد العاقدين أرجعه الحنفية إلى كون الاستصناع له شبه بالإجارة . فهل الإجارة تبطل بموت أحد العاقدين ؟

---

(١) انظر : الاستصناع ص ١٣١ ، نقلاً عن بحث الإجارة المقدم للموسوعة الفقهية فى الكويت للأستاذ مصطفى كمال وصفى فقرة ٣٧٢ .

(٢) انظر : فتح القدير ٥ / ٣٥٦ ، ٣٥٧ .

يجيب عن هذا عبد الوهاب البغدادى فى كتابه « الإشراف على مسائل الخلاف »[1] فيقول : لا تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين .

وتأسيسًا على ما سبق فإن « الاستصناع » عقد مستقل مسمى ، وهو « عقد الاستصناع » له شبه بالإجارة من جهة كون الصنعة « العمل المطلوب » فيه تكون من الصانع .

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢ / ٦٦ ، وانظر : هامش الاستصناع ص ١٣٣ .

ملخص

نحمدك اللهم ونستعينك ونستهديك ، ونصلى ونسلم على خاتم أنبيائك ورسلك سيدنا محمد .

وبعد :

فيتناول هذا الكتاب موضوعًا تتجدد حاجة الناس إليه للتطور الكبير الذى تشهده الحياة المعاصرة ، وما يصحب هذا التطور من إشباع الحاجات البشرية بأجهزة جديدة ملائمة ، وآلات ، وأدوات ،وغير ذلك من مصنوعات ، يتقدم المستصنع إلى الصانع - فردًا كان أم مؤسسة - بصنع شيء تحدد معالمه ،وتذكر صفاته ، وكل ما يريد المستصنع فى المستصنع فيه، كما يتفق على الثمن . فهذا الاتفاق هو شكل عقد الاستصناع ، الذى عرف البحث به لغة ، واصطلاحًا ،فهو كما عرفّه فقهاء الحنفية «عقد على مبيع فى الذمة ، يشترط فيه العمل على وجه مخصوص » .

فخرج بهذا التعريف اعتبار الاستصناع وعدًا ، أو عقد إجارة ، أو بيعًا بإطلاقه ، أو سلمًا .

وفقهاء الحنفية عدوا « الاستصناع » عقدًا مستقلاً ، أما فقهاء المالكية والشافعية فقد عدوا الاستصناع فى أبواب السلم ، والفقهاء الحنابلة ، جعلوه فى باب بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم .

ولذلك ، فإن حكم الاستصناع لدى الحنفية - الذين اعتدوا به عقدًا مستقلا- الجواز .وأدلة هذا الحكم الاستحسان، ووجهه الإجماع العملى،

وحاجة الناس إليه ، وليس القياس ،ويرى بعض الفقهاء أن السنة تعد من أدلة حكم الجواز قبل الاستحسان .

وأما بقية الفقهاء الذين أدخلوا الاستصناع فى غيره فهو جائز ؛ لأن هذه العقود جائزة .

وناقش الكتاب ما قيل عن الاستصناع بأنه مواعدة ، وانتهى إلى ترجيح أدلة القائلين بأنه عقد ، ومع قوة الأدلة المرجحة فإن القول بالمواعدة ليس محققًا لمهمة الاستصناع فى حياة الناس من ناحية ، وليس موافقًا لطبيعة الاستصناع من ناحية أخرى .

كما ناقش الكتاب مسألة اعتبار الاستصناع « بيع ما ليس عند المرء » بسبب أن المال المستصنع ليس موجودًا بصفته المطلوبة وقت التعاقد .

وسبب النهى ما فى هذا البيع من المخاطرة والغرر ، ولذلك ورد النهى عنه وليس النهى بسبب عدم وجود الشىء ، فإذا انتفى الغرر كان الجواز ، فالمعقود عليه فى الاستصناع لا غرر فيه؛ لأنه معلوم وموصوف، ومقدور التسليم بحكم العادة ، وما تعارف عليه الناس ، وتقديرهم لخبرة الصناع .

كما تناول الكتاب علاقة الاستصناع بعقد السلم،فقد أدخله المالكية والشافعية والحنابلة فى عقد السلم ، أو فى البيع بالصفة،أو تشبيهه بالسلم. وقدم الكتاب أوجه التشابه والافتراق بين عقد الاستصناع وعقد السلم.

كما عرض الكتاب علاقة عقد الاستصناع بعقد الإجارة ، فالاستصناع له شبه بالإجارة فى طلب الصنع ، وهو العمل ، ولكن يفترق «الاستئجار

على الصنع » ، والاستصناع ، ومع هذا التفريق بينهما ، وجدنا بعض فقهاء الحنفية يرون أن « الاستصناع » إجارة ابتداء ، بيع انتهاء .

وبعد بيان علاقة عقد « الاستصناع » بالعقود الجائزة ، فإن هذه العلاقة تجعل لحكم الجواز فى عقد « الاستصناع » قوة .

الخاتمة

وبعد المعايشة لمباحث « عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة » نستطيع أن نوجز أهم نتائج هذا البحث فيما يلى :

أولاً : عقد الاستصناع من العقود التى لا غنى للناس عنها كحاجتهم إلى الصناعات وتجددها فى كل عصر ، وحاجة الصناع إلى الأموال التى تعينهم فى ذلك.

ثانيًا : اختلاف العلماء فى جوازه ومنعه ليس إهمالاً للاستصناع وانصرافًا عنه ، وإنما فى اعتباره عقدًا مستقلاً - كما اعتبره جمهور الحنفية - أم داخلاً فى مباحث عقود أخرى جائزة - عند غير الحنفية .

ثالثًا : يقوم حكم الجواز لعقد الاستصناع على الإجماع العملى والاستحسان، وتقدير حاجة الناس إليه ، كما اعتبر بعض العلماء السنة دليلاً على جوازه . أما القياس فلا .

رابعًا : بعد مناقشة أدلة القائلين بأن الاستصناع وعد ، والقائلين بأنه عقد ترجع القول بأنه عقد بيع ، وليس بوعد .

خامسًا : إذا كان النهى عن بيع « ما ليس عنده » قائمًا على الغرر والجهالة فإن المعقود عليه فى الاستصناع لا غرر فيه ؛ لأنه معلوم وموصوف ومقدور التسليم بحكم العادة ، وتقديرهم لخبرة الصناع ، فأسباب الغرر منتفية ، ولو أنه غير موجود وقت العقد .

سادسًا : أدخل المالكية والشافعية والحنابلة مسائل الاستصناع فى عقد السلم .

سابعًا : للاستصناع شبه بالإجارة فى طلب الصنع « وهو العمل » جعل بعض العلماء يقولون : إن « الاستصناع » إجارة محضة ، ولكن وجدنا تفريقًا بينهما ، كما وجدنا مع التفريق بعض فقهاء الحنفية يقولون: « إن الاستصناع إجارة ابتداء ، بيع انتهاء » .

والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، حمدًا كثيرًا طيبًا طاهرًا مباركًا فيه كما يحب ربنا ويرضى ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد .

المراجع

١ ـ **الإجارة :** للأستاذ مصطفى كمال وصفى . بحث ، موسوعة الفقه الإسلامى ، الكويت .

٢ ـ **أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنفى.** « عرض منهجى »: للدكتور محمد زكى عبد البر ، ط . أولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٧٦ م . دار الثقافة . الدوحة .

٣ ـ **الإشراف على مسائل الخلاف والإجماع:** لأبى بكر بن المنذر ٣١٠هـ ، مخطوطة مصورة عن الأصل فى الرباط الأحمدى بالمدينة المنورة تحت رقم ٢٨٩ .

٤ ـ **الاعتبار فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار:** لأبى بكر بن محمد بن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى ٥٨٤ هـ،ط. أولى ١٣٨٦ هـ .

٥ ـ **الأعلام:** لخير الدين الزركلى ، ط ٣ ، بيروت ١٩٦٩ م .

٦ ـ **إعلام الموقعين عن رب العالمين :** لابن قيم الجوزية ٧٥١ هـ. تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل، دار الكتب الحديثة، القاهرة ١٣٨٩ هـ .

٧ ـ **الأم:** للإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعى ت ٢٠٤ هـ ، ط. بولاق ، القاهرة ١٣٢٩ هـ .

٨ ـ **الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل :** لعلاء الدين أبى الحسن بن سليمان المرداوى ، ط. أولى

١٣٧٥ هـ السنة المحمدية ، القاهرة .

٩ ـ **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع** :لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ت ٥٨٧ هـ ، ط . الإمام ، القاهرة .

١٠ ـ **تحفة الفقهاء** : لعلاء الدين السمرقندى ٥٣٩ هـ ، ط. أولى ، جامعة دمشق ١٣٧٧ هـ .

١١ ـ **تحفة المحتاج شرح المنهاج** : لأبى العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيثمى ٩٧٤ هـ ، ط . مصطفى محمد ١٣٠٤هـ.

١٢ ـ **حاشية سعدى جلبى** ٩٤٥ هـ على العناية والهداية ، مطبوع على هامش شرح فتح القدير، ط. أولى ١٣١٦ هـ ، بولاق ، القاهرة .

١٣ ـ **حاشية الطحطاوى على الدر المختار** : لأحمد الطحطاوى الحنفى ، ط . بيروت ١٣٩٥ هـ .

١٤ ـ **درر الحكام فى شرح غرر الأحكام** : لمحمد بن فراموز الشهير بمولانا خسرو ٨٨٥ هـ ومعه حاشية الشرنبلالى ١٠٩٦ هـ ، ط . أحمد كامل ١٣٣٠ هـ .

١٥ ـ **رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق** : للإمام بدر الدين أبى محمد بن أحمد بن موسى العينى ٨٨٥ هـ،ط. الأميرية، القاهرة ١٢٨٥ هـ .

١٦ ـ **روضة الطالبين** : للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى ٦٧٦ هـ ، ط . المكتب الإسلامى ، دمشق .

١٧ ـ **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** :للإمام محمد ابن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى المتوفى سنة ١٨٨٢هـ . صححه

وعلق عليه وخرج أحاديثه فواز أحمد زمرلى،وإبراهيم محمد الجمل،دار الكتاب العربى،ط.خامسة ١٤١٠ هـ/ ١٩٩٠ م .

١٨ ـ **السراج الوهاج من كشف مطالب مسلم بن الحجاج** : للعلامة أبى الطيب صديق بن حسن خان الحسينى القنوجى البخارى ، وهو شرح على ملخص صحيح مسلم للحافظ المنذرى . حققه وعنى بطبعه الشيخ عبد الله الأنصارى ، ط . الشؤون الدينية بدولة قطر ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤ م .

١٩ ـ **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** : لأبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوى الشهير بالدردير ١٢٠١ هـ . ط . دار المعارف ، القاهرة ١٩٧٣م .

٢٠ ـ **شرح فتح القدير** : لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام ٨٦١ هـ ، ط . أولى ١٣١٦ هـ ، بولاق ، القاهرة .

٢١ ـ **الشرح الكبير على متن المقنع** : لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن ابن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدام المقدسى ٦٨٢ هـ . ط. أولى وثانية ١٣٤٦ هـ و ١٣٤٧ هـ ، المنار ، القاهرة .

٢٢ ـ **شرح المنهاج**: لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى.

٢٣ ـ **صحيح البخارى بحاشية السندى** : للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفى البخارى ١٩٤هـ ـ ٢٥٦ هـ ، بالهامش حاشية أبى الحسن نور الدين محمد بن عبد الهادى السندى، ومعها تقريرات من شرحى الإمامين القسطلانى ، والأنصارى ، ط. ١٣٧٢ هـ/ ١٩٥٣ م ، مكتبة مصطفى البابى الحلبى .

٢٤ ـ **صحيح مسلم بشرح النووى**: الإمام مسلم بن الحجاج القشيرى ، ومعه شرحه للنووى المتوفى ٦٧٦ هـ ، ط. المطبعة المصرية ومكتبتها بالقاهرة ١٣٤٩ هـ .

٢٥ ـ **طبقات الفقهاء** : لطاش كبرى زاده ، ط. ثانية ١٩٦١ م ، الزهراء الحديثة ، الموصل .

٢٦ ـ **عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى** : لأبى بكر محمد بن عبد الله بن العربى ٥٤٣ هـ ، دار العلم ، دمشق.

٢٧ ـ **عقد الاستصناع (دراسة مقارنة)**: رسالة ماجستير لكاسب عبد الكريم البدران من المعهد العالى للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .

٢٨ ـ **العناية** : لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى ٧٨٦ هـ ، مع شرح فتح القدير ؛ ط. أولى ١٣١٦ هـ ، بولاق ، القاهرة .

٢٩ ـ **الفتاوى الغياثية لدواد بن يوسف الخطيب** : ط. أولى ، بولاق ، القاهرة ١٣٢٢ هـ ، وبهامشها فتاوى ابن نجيم صاحب البحر الرائق.

٣٠ ـ **فتح البارى شرح صحيح البخارى** : للإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى ٨٥٢ هـ ، ط. السلفية .

٣١ ـ **الفروع**: لشمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح المقدسى ٧٦٢ هـ،ط.ثانية.دار مصر للطباعة،مراجعة عبد الستار أحمد فراج.

٣٢ ـ **كشاف القناع على متن الإقناع** : لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى

١٠٥١ هـ ، ط. الحكومة ، مكة المكرمة ١٣٩٤ هـ .

٣٣ ـ **لسان العرب** : لجمال الدين أبى الفضل محمد بن جلال الدين أبى العز مكرم (ابن منظور) ٧١١ هـ .

٣٤ ـ **المبسوط**: لشمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى ٤٣٨ هـ ، ط. ثانية ، دار المعرفة ، بيروت .

٣٥ ـ **المجموع شرح المهذب** : للإمام أبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى ٦٧٦ هـ .

٣٦ ـ **التكملة الثانية للمجموع**:لمحمد بن بخيت المطيعى،ط .الإمام ، القاهرة .

٣٧ ـ **مختار الصحاح** : لزين الدين محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى المتوفى سنة ٦٦٦ هـ ، ترتيب محمود خاطر المتوفى ١٣٦٧ هـ،ط.مؤسسة الرسالة ،دار البصائر ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧ م .

٣٨ ـ **المدخل الفقهى العام** : للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا . ط. تاسعة ١٩٦٧ م . دمشق .

٣٩ ـ **مسند الإمام أحمد** : للإمام أحمد بن حنبل ٢٤١ هـ ، وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال ، ط. بيروت ، المكتب الإسلامى . دار صادر .

٤٠ ـ **المغنى مع الشرح الكبير** : لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ٦٢٠ هـ، ط . أولى وثانية١٣٤٦ هـ . المنار، القاهرة .

٤١ ـ **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات ، والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات :**

لأبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى المتوفى ٥٢٠ هـ ، تحقيق الدكتور محمد حجى ، وبعناية الشيخ عبد الله الأنصارى . إدارة إحياء التراث الإسلامى ، دولة قطر ، ط. أولى ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

٤٢ ـ **منتقى الأخبار** : لشيخ الإسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام بن عبد الله الحرانى ٦٢١ هـ ، مع نيل الأوطار .

٤٣ ـ **المنتقى من كتاب الترغيب والترهيب للمنذرى** : انتقاه ، وقدم له ، وعلق حواشيه، ووضع فهارسه الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوى. من منشورات مركز بحوث السنة والسيرة .

٤٤ ـ **المهذب** : لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى ٤٧٦ هـ ، ط. الحلبى ، القاهرة .

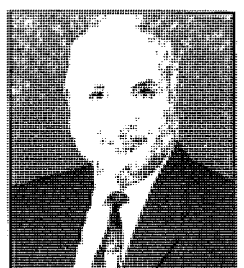
٤٥ ـ **مواهب الجليل من أدلة خليل** : للشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكفى الشنقيطى ، عنى بمراجعته الشيخ عبد الله الأنصارى . مطبوعات إدارة إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م .

٤٦ ـ **الهداية مع شرح فتح القدير** : لعلى بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى ٥٩٣ هـ ، ط. أولى ١٣١٦ هـ . بولاق . القاهرة .

فهرس الموضوعات

رقم الإيداع : ١٣٣٨٧/٢٠٠٢م

I.S.B.N:977-15-0378-2



هذا الكتاب

* إن تحقيق حاجة المستصنع والصانع تجعل بينهما هذا الوجه الذى يمثل عقدًا بينهما يدفع فيه المستصنع مالاً للصانع ليصنع له ما يريد..
- كيف يُكيّف هذا العقد ؟
- هل هو مواعدة أم بيع ؟
- وهل يكون بيعًا لما ليس عند البائع ؟ فلا يجوز ؟
- وهل يستثنى من هذا نظرًا لحاجة الناس إليه كما استثنى السلم ، مع تحقيق ما يشترط فى السلم من تحديد الصفة والقَدْر والأجل ؟
- وهل تحقق هذه الشروط يجعلنا نسميه سلمًا ولا حاجة إلى استحداث اسم آخر هو الاستصناع ؟

* هذه التساؤلات وغيرها قام المؤلف الكريم بتوضيح الإجابة عليها من خلال العناصر الآتية :
- تعريف الاستصناع .
- حكم عقد الاستصناع .
- هل الاستصناع مواعدة أم بيع؟
- هل هو عقد بيع ماليس عنده؟
- عقد الاستصناع وعقد السلم.
- عقد الاستصناع ، وعقد الإجارة.
- الإجارة .

* ودار الوفاء يسرها أن تقدم لقرائها الكرام هذا الكتاب داعية المولى - عز وجل - أن ينفع به .



دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - ج.م.ع - المنصورة

الإدارة : ش الإمام محمد عبده المواجه لكلية الآداب ص ب. ٢٣٠

ت. ٢٢٥٦٢٢٠/ ٢٢٥٦٢٣٠ - فاكس ٢٢٦٠٩٧٤/ ٠٥٠

المكتبة : أمام كلية الطب ت٢٢٤٩٥١٣/ ٥

E-Mail · DAR ELWAFA @ HOTMAIL. COM